

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'hébergement égalitaire selon la loi du 18 juillet 2006

Reusens, Florence

*Published in:*  
J.J.P.

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Reusens, F 2006, 'L'hébergement égalitaire selon la loi du 18 juillet 2006', *J.J.P.*, p. 396-404.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## L'HEBERGEMENT EGALITAIRE SELON LA LOI DU 18 JUILLET 2006 (1)

### 1. Introduction

Au lendemain des élections fédérales du 18 mai 2003, le gouvernement a souhaité organiser une large consultation aux fins d'évaluer les besoins actuels des familles. La volonté politique était alors d'adapter au mieux la politique familiale aux évolutions sociétales.

C'est ainsi qu'ont vu le jour les désormais célèbres Etats généraux des familles dans le cadre desquels ont été rassemblés des représentants de différentes entités politiques du pays (2), du secteur associatif et des universités aux fins notamment de définir, en concertation avec des acteurs du terrain, les objectifs prioritaires à rencontrer pour soutenir les familles (3).

Lors de la première session qui s'est tenue en 2004, l'accent avait été mis, au sein du groupe de travail *"Familles et droits civil et judiciaire"*, sur l'imprévisibilité de l'issue des procès en matière d'hébergement des enfants dont les parents se séparent. En effet, avant la loi du 18 juillet 2006 – entrée en vigueur le 14 septembre 2006 – et en cas de litige, l'hébergement des enfants était réglé par le juge au cas par cas, à défaut d'indication législative précise (4). Or, pour les membres de ce groupe de travail, imprévisibilité rime avec multiplication des procédures judiciaires, aggravation des conflits entre les parents et donc risque aigu d'instrumentalisation de l'enfant (5), ce à quoi il convenait de remédier.

Au cours du second cycle des Etats généraux dans le courant de l'année 2005, l'on a en outre fait le constat que même si de plus en plus de magistrats admettaient le principe de l'hébergement égalitaire (6) estimant cette solution préférable à celle qui implique que l'enfant ne voit que trop rarement un de ses parents, l'hébergement principal était encore le plus souvent confié à la mère sans que le justiciable ne sache réellement les critères qui ont emporté la décision judiciaire. Du reste, trop de juges se fondaient sur le temps dont dispose chaque parent pour assurer l'éducation et l'entretien de l'enfant alors que le critère essentiel ne devrait pas résider dans la *"disponibilité en termes de temps"* (7), mais bien dans *"la capacité à respecter l'image de l'autre parent"* (8).

(1) Loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, M.B., 4 septembre 2006, p. 43971.

(2) Etat fédéral, Régions et Communautés.

(3) G. BECHET, "Introduction", *Les Etats généraux des familles en quelques mots*, Bxl., Editions Luc Pire, 2004, p. 12.

(4) Le dernier alinéa de l'article 374 C. civ. ancien stipulait que *"dans tous les cas, le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population"*.

(5) *Les Etats généraux des familles en quelques mots*, Bxl., Editions Luc Pire, 2004, p. 55.

(6) Pour reprendre les termes adoptés dans la loi du 18 juillet 2006. Sur l'opportunité de l'emploi de ces termes, voy. *infra*.

(7) Cf. Bxl. (3ème ch.), 26 juin 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 623: *"La différence de disponibilité des parents à l'égard des enfants ne constitue pas davantage un obstacle à l'hébergement alterné pour autant que chacun des parents ait les disponibilités nécessaires pour assurer aux enfants durant leur hébergement chez lui un environnement chaleureux, sécurisant et épanouissant, et ce alors même qu'il serait contraint de se faire remplacer, dans l'exercice de certaines tâches matérielles, par des tierces personnes."*

(8) Cf. synthèse des Etats généraux des familles (cycle 1) et propositions à exploiter, pp. 28-29 in *www.lesfamilles.be/2005*.

C'est dans ce contexte que la Ministre de la Justice a été amenée à proposer l'adoption dans la loi d'un modèle (9) auquel le juge peut déroger en fonction des circonstances de la cause qui lui est soumise. Or, à partir du moment où l'on envisageait cette idée d'un modèle ou à tout le moins d'une référence, il était difficilement concevable que le texte légal donne la priorité, à défaut d'autres éléments, à l'hébergement principal en faveur de la mère (10), raison pour laquelle la faveur a été donnée à l'hébergement égalitaire.

Cette proposition a par ailleurs été l'occasion d'envisager l'ajout dans la loi de dispositions particulières en matière d'exécution des décisions relatives à l'hébergement des enfants aux fins d'assurer leur effectivité. Cette partie sera traitée par notre collègue Hilde Vanbockrijck.

Enfin, outre la problématique spécifique de l'hébergement de l'enfant et bien que cela ne ressorte pas clairement du libellé de son projet et de la loi qui a suivi, la Ministre a également souhaité modifier la procédure devant le tribunal de la jeunesse en matière d'autorité parentale. L'article 387bis du Code civil a ainsi été complété (11) aux fins notamment de mettre l'accent sur l'intérêt d'une médiation dans ce domaine (12) et d'organiser une saisine permanente à l'instar du système existant en matière de mesures provisoires dans le cadre de l'instance en divorce pour cause déterminée (13). Notre propos se limitant aux changements apportés au fond des litiges, ces modifications procédurales ne seront pas analysées dans le cadre de la présente contribution.

## 2. La faveur donnée aux accords conclus par les parents

Si les avis des personnes consultées sur la teneur du projet (14) étaient très partagés, la plupart des intervenants s'accordaient au moins sur un point: c'est le conflit entre les parents qui gangrène la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, ce indépendamment du mode d'hébergement envisagé.

(9) L'emploi de ce terme, au cœur même de l'exposé des motifs, a constitué une des plus grandes pierres d'achoppement au cours des débats parlementaires.

(10) Cf. Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2004-05, n° 1673/001, p. 5.

(11) Cet article a été complété par pas moins de cinq alinéas, qui insèrent des dispositions purement procédurales dans un code qui devrait idéalement, pour des raisons de cohérence législative, rester étranger aux questions de cet ordre.

(12) Au cours des Etats généraux de 2004 et 2005, les membres du groupe de travail "*Familles et droits civil et judiciaire*" avaient quant à eux mis en évidence cet intérêt de la médiation plus particulièrement en matière d'hébergement.

(13) L'application de ce mécanisme dans le contentieux conjugal relevant de la compétence du juge de paix aurait été inopportune au regard des difficultés procédurales en matière de compétence *ratione tempore* qu'elle risquait de susciter et n'aurait par ailleurs présenté que peu d'intérêt dès lors que la procédure devant les juridictions cantonales est souple et rapide et que les décisions du juge de paix en ce domaine sont provisoires (Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *Commentaire des articles, Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2004-05, n° 1673/001, p. 15).

(14) Comme dans le cadre des Etats généraux des familles, un nombre considérable de spécialistes de l'enfance ont été auditionnés au cours des travaux parlementaires: se sont ainsi succédés devant la Chambre des Représentants psychiatres, psychologues, magistrats, avocats, président de la chambre nationale des huis-siers de justice, représentants d'associations d'horizons divers concernées par la problématique du droit d'hébergement de l'enfant, professeurs d'université, premier substitut du procureur du Roi, délégué général aux droits de l'enfant de la Communauté française et commissaire aux droits de l'enfant de la Communauté flamande.

La meilleure formule pour l'enfant est avant tout celle à laquelle les deux parents adhèrent puisqu'une solution consentie bénéficiera de leur bienveillance alors qu'une solution imposée risque d'être boycottée par l'un ou par l'autre (15).

C'est ainsi que la loi du 18 juillet 2006 ajoute un second paragraphe à l'article 374 du Code civil dont le premier alinéa dispose que "lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt des enfants".

Le consensus est donc privilégié en cas de séparation des parents (16) et quel que soit le mode d'hébergement choisi (17), pour autant qu'il ne porte pas une atteinte manifeste à l'intérêt de l'enfant. Les refus d'homologation ne devraient dès lors survenir que dans des cas très marginaux.

La lecture de cet article 372, § 2, alinéa 1er, du Code civil – de prime abord très clair – suscite cependant quelques interrogations. En effet, alors que suite à l'avis du Conseil d'Etat, la référence contenue dans le texte de l'avant-projet de loi à la notion de litige avait été supprimée (18) afin que l'accord des parties puisse être soumis au tribunal, sans qu'existe nécessairement un différend entre elles (19), celle-ci est soudainement réapparue à l'occasion d'un amendement déposé devant la Chambre (20), sans que l'on puisse en expliquer la raison. Dès lors qu'il semble s'agir d'une pure inadvertance de la part du législateur puisque l'amendement en question avait un tout autre but (21), on serait tenté de dire que rien ne devrait désormais empêcher les parents qui sont parvenus à un accord sur les modalités d'hébergement de leur enfant, de saisir le magistrat compétent en vue de lui conférer une force contraignante par le biais d'une homologation judiciaire. Reste que tel n'est cependant pas le texte de la loi.

### 3. L'hébergement égalitaire: modèle législatif, présomption ou obligation de motivation? (22)

Nombre de voix se sont élevées contre le projet de loi de la Ministre qui, selon ses détracteurs, porte non seulement atteinte au principe du respect dû à la vie privée, mais est également de nature à stigmatiser les parents qui, en fonction de leurs convictions personnelles ou des particularités de leur situation familiale, opteraient pour un autre mode d'hébergement. Beaucoup pensent par ailleurs que l'hébergement égalitaire nécessite la réunion de trop nombreuses conditions pour l'envisager comme principe de base.

(15) J.-Y. HAYEZ et Ph. KINOO, *op. cit.*, p. 34.

(16) Concernant cette condition, voy. Trib. Jeun. Charleroi (13ème ch.), 14 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 238, dans une espèce où les parents n'étaient en réalité séparés que sur papier et sollicitaient l'homologation d'un accord sur un hébergement égalitaire purement fictif, aux fins de pouvoir bénéficier d'avantages sociaux et fiscaux.

(17) Il n'appartiendra dès lors pas au magistrat saisi de refuser l'homologation d'un accord pour le seul motif que cet accord ne prévoit pas un hébergement égalitaire.

(18) L'article 374, § 2, alinéa 1er, du Code civil, tel que modifié suite à l'avis du Conseil d'Etat disposait que "lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal quant aux modalités d'hébergement de leurs enfants, leur accord est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant".

(19) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 11.

(20) Amendement n° 37 de Mme Taelman et consorts, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/012, p. 2.

(21) Cf. *infra*, point 3 et note n° 34.

(22) Sur les distinctions qu'il convient d'opérer entre ces différentes notions, voy. l'avis écrit de Madame Jehanne Sesson, annexé au rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. Déom, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/014, pp. 284-285.

Le nouveau prescrit légal (23) prévoit en réalité qu'à défaut d'accord sur l'hébergement de l'enfant et en cas d'autorité parentale conjointe (24), le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer cet hébergement de manière égalitaire entre eux.

On constate donc que l'obligation pour le magistrat d'envisager la solution de l'hébergement égalitaire préalablement à toute autre n'existe qu'à défaut d'accord et seulement si un des parents le demande, contrairement à ce que beaucoup craignaient suite à une erreur matérielle qui s'était glissée dans l'avant-projet (25).

De plus, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un autre type d'hébergement, dit "*non-égalitaire*" (26).

L'objectif du législateur n'est en effet pas de faire de l'hébergement égalitaire un principe absolu, mais bien d'instaurer un principe de référence pour accéder à une plus grande sécurité juridique et aux fins de "*soutenir le juge dans sa décision et tenter d'aboutir à plus de compréhension dans le chef des parties, qui seraient ainsi amenées à mieux respecter la décision*" (27).

Au regard de ces considérations on ne peut réellement considérer que la loi du 18 juillet 2006 érige l'hébergement égalitaire en modèle (28), même si tel semblait l'objectif initial de la Ministre de la justice, à la lecture tant du résumé (29) et de l'exposé des motifs (30) de son projet que du commentaire des articles (31). Les magistrats ne cesseront pas de statuer au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes des causes qui leur sont soumises, de sorte que l'hébergement égalitaire ne constitue pas le régime auquel le justiciable doit personnellement adhérer (32). De même, il ne constitue pas le mode d'hébergement auquel le juge doit préalablement se référer en toute circonstance puisque cette obligation n'est pour rappel d'application que lorsqu'un des parents au moins sollicite l'égalité dans la répartition de l'hébergement. Ainsi, dans les cas où les deux parents sollicitent l'hébergement principal de leur enfant sans solliciter un hébergement égalitaire à titre subsidiaire, le magistrat ne devra pas nécessairement examiner prioritairement

(23) Article 374, § 2, alinéa 2, du Code civil.

(24) Selon l'exposé des motifs (*op. cit.*, p. 7), la formule sera donc écartée de plein droit - sauf accord peu probable des parties - lorsque le tribunal attribue l'autorité parentale exclusive à l'un des parents.

(25) Voy. Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2004-05, n° 1673/001, p. 23. L'avant-projet de loi soumis au Conseil d'Etat ne prévoyait en effet pas qu'un des parents doive faire la demande d'un hébergement égalitaire pour que le magistrat examine prioritairement la possibilité d'attribuer ce type d'hébergement, ce qui était contraire à la teneur de l'exposé des motifs et aurait du reste été de nature à porter atteinte au principe dispositif.

(26) Article 374, § 2, alinéa 3, du Code civil.

(27) Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme DÈOM, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/014, p. 160.

(28) Même si nous devons bien admettre que la différence entre les termes "modèle" et "référence" est ténue.

(29) Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2004-05, n° 1673/001, p. 3.

(30) *Op. cit.*, p. 6.

(31) *Op. cit.*, p. 13. Notons que les interventions ultérieures de la Ministre n'ont pas été de nature à clarifier le débat dès lors que l'idée d'un modèle restait très présente, sous une forme adoucie cependant puisqu'il était alors question de "*modèle souple*" ou de "*modèle non contraignant*" (Cf. Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-06, n° 3-1645/4, pp. 4 et 18).

(32) La Ministre elle-même précisait que "*nul ne prétend que l'hébergement égalitaire serait la panacée*" (Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 5). Selon Monsieur MAHOUX (Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-06, n° 3-1645/4, p. 15), la volonté n'est pas de "*promouvoir une solution totalement idéale qui résoudrait la totalité des problèmes d'hébergements d'enfants*".

la possibilité de fixer ce type d'hébergement, même si rien ne l'empêche bien entendu d'aboutir à cette solution (33).

La nouvelle loi n'implique pas non plus une obligation de motivation pour le seul cas où le tribunal estimerait ne pas devoir suivre la demande d'hébergement égalitaire formulée par un des parents. En effet, depuis le dépôt d'un amendement (34) devant la Chambre, le texte légal (35) prévoit que *"le tribunal statue en tout état de cause (36) par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents". Selon les auteurs de cet amendement, "l'idée qui doit prédominer est que le juge doit prendre en compte les différentes possibilités qui s'offrent aux parties et accorder en priorité l'hébergement égalitaire, si les différents critères sont remplis" (37).*

A l'analyse, il nous semble (38) que les alinéas 2 et suivants de l'article 374, § 2, du Code civil instaurent une présomption – comprise comme *"l'énonciation d'une solution juridique qui est indicative pour le juge en ce qu'elle lui montre l'orientation qu'il devrait normalement être amené à prendre, mais sans cependant que cette orientation ne soit contraignante, parce que le juge conserve l'aptitude de choisir une autre orientation si une des parties lui démontre que, pour des raisons spécifiques au cas d'espèce, elle s'avérera plus opportune" (39)* – qui implique dès lors un renversement de la charge de la preuve par rapport à la pratique antérieure. Cette interprétation trouve une confirmation dans les propos de la Ministre de la Justice qui, interrogée à ce sujet par les sénateurs, a insisté sur ce que l'apport qualitatif du nouveau régime est de renverser la logique en vertu de laquelle c'était au parent qui sollicitait une garde égalitaire qu'il revenait de prouver la pertinence de cette formule pour l'enfant (40). Désormais c'est la partie qui s'oppose à l'hébergement égalitaire qui devra démontrer l'existence d'une contre-indication (41). Dans son rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006, Madame Valérie Déom précisait que si les magistrats doivent bien entendu rester totalement indépendants, il est indispensable d'harmoniser la manière dont les débats sont menés devant eux. Ceux-ci devront dans un premier temps se nouer autour de la possibilité pour l'enfant de conserver une relation privilégiée avec chacun de ses parents (42).

(33) Il n'est en effet pas porté atteinte au principe dispositif lorsqu'un hébergement alterné est ordonné tandis que les parents sollicitaient l'un et l'autre l'hébergement principal de l'enfant (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *L'incidence du principe dispositif sur l'instance civile mue devant les juridictions de la jeunesse*, Formation de base donnée le 16 février 2005 pour les magistrats de la jeunesse, Syllabus S.P.F. Justice, p. 7). Ceci est du reste confirmé dans le commentaire des articles (*op. cit.*, p. 12) selon lequel *"si les deux parents sollicitent l'hébergement principal, il se pourrait que sans violer le principe dispositif - 'qui peut le plus peut le moins' - le juge impose l'alternance"*.

(34) Amendement n° 37 de Mme Taelman et consorts, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/012, p. 2.

(35) Article 374, § 2, alinéa 4, du Code civil.

(36) C'est l'auteur qui souligne. Cette précision *"visé à éviter que le tribunal ne se 'réfugie' derrière ce choix législatif en décidant de fixer un hébergement égalitaire de manière systématique et avec une motivation 'passe-partout'"*: Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-06, n° 3-1645/4, p. 5.

(37) Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme V. DÉOM, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/014, p. 64.

(38) Nous basant sur l'esprit de la loi plutôt que sur sa lettre, dès lors que le texte n'est pas clair. Il y a en effet un hiatus entre le libellé de la loi qui présente l'hébergement égalitaire comme le régime à privilégier et le contenu même de l'article 374, § 2, du Code civil selon lequel ce mode d'hébergement doit faire l'objet d'un examen prioritaire par le magistrat saisi.

(39) Cf. J.L. RENCHON, *"L'hébergement de l'enfant 'transfrontières'"*, in *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bxl., Bruylant, 2003, p. 327, n° 38 et note 35.

(40) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-06, n° 3-1645/4, pp. 18-19.

(41) *Ibidem* et commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13.

(42) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 24 mars 2006 par Mme DÉOM, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/018, p. 5.



#### 4. Les critères déterminants (43)

4.1. La ministre de la Justice a fait le choix – à notre sens opportun – de ne pas dresser, dans le prescrit légal, de liste des critères de nature à justifier un hébergement non égalitaire (44). Le commentaire des articles fait cependant référence, de manière non exhaustive, à un certain nombre de contre-indications ou circonstances particulières (45). Ont ainsi été retenus l'éloignement significatif des parents (45), l'indisponibilité de l'un d'eux (47), l'indignité (48), le désintérêt manifeste pour l'enfant pendant la vie commune ou pendant la séparation (49), son jeune âge (50), le contenu de son audition (51) et la faveur donnée au maintien de la fratrie (52).

Chaque critère devra être évalué avec prudence. En matière d'indisponibilité notamment, il est précisé qu'il convient de ne pas préjudicier d'emblée le parent qui a une activité professionnelle dès lors que *"dans beaucoup de familles, les deux parents travaillent et doivent prendre les mesures qui s'imposent pour assurer l'accueil de l'enfant"* (53). Par ailleurs, le constat de la présence effective d'une ou de plusieurs contre-indications retenues n'emportera pas systématiquement le refus d'un hébergement égalitaire (54), le magistrat saisi gardant son entier pouvoir d'appréciation (55).

- (43) Pour une analyse des différents critères utilisés par la jurisprudence sous l'empire de l'ancienne loi, voy. N. DANDOY et F. REUSENS, "L'hébergement alterné à l'épreuve de la pratique judiciaire: quatre arrondissements francophones sous la loupe", *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 45-101.
- (44) La Ministre souhaitait en effet donner au juge qui pense que l'égalité n'est pas souhaitable dans le cas qui lui est soumis, la possibilité de motiver son choix sans contrainte textuelle (Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille le 27 janvier 2006 par Mme DÉOM, *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2005-06, n° 1673/014, p. 46).
- (45) Commentaire des articles, *op. cit.*, pp. 12-13.
- (45) Trib. Jeun. Nivelles, 5 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 179.
- (47) Bxl. (3ème ch.), 13 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 128; Trib. Jeun. Dinant, 24 mai 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 241.
- (48) Par l'emploi de ce terme, le législateur sous-entend des circonstances à ce point graves qu'elles conduiraient également le parent concerné à être privé de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12). Pour un exemple, voy. Trib. Jeun. Charleroi (15ème ch.), 15 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 187, dans une espèce où il était prouvé que le père avait une attitude pour le moins ambiguë à l'égard de sa fille de 9 ans (il dormait avec elle et la lavait sous la douche).
- (49) Il est à cet égard précisé que la carence devra être sérieuse pour que le juge exclue l'hébergement égalitaire. Dès lors que l'on peut considérer que le refus d'intervenir financièrement en faveur de son enfant est un indice sérieux de désintérêt pour lui, le tribunal pourra prendre en considération les carences passées du débiteur récalcitrant (Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13).
- (50) Dans la jurisprudence, on retrouve souvent une référence aux âges de trois et quatre ans en deçà desquels un hébergement égalitaire est déconseillé: cf. Civ. Liège (réf.), 10 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 253; Trib. Jeun. Charleroi (13ème ch.), 26 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 211; Trib. Jeun. Charleroi (14ème ch.), 5 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 222. *Contra*: voy. note 54.
- (51) Bxl. (3ème ch.), 13 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 128. Ce critère renvoie plus largement à celui du souhait des enfants, lequel peut également découler du contenu d'une étude sociale ou d'une expertise médico-psychologique.
- (52) Voy. les décisions inédites citées dans N. DANDOY et F. REUSENS, *op. cit.*, pp. 60-62.
- (53) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12.
- (54) Pour des exemples d'application d'un hébergement égalitaire malgré le jeune âge des enfants, voy. Trib. Jeun. Charleroi (15ème ch.), 3 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 196; Civ. Nivelles (réf.), 30 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 214; Trib. Jeun. Liège (15ème ch.), 2 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 218. Pour des cas d'hébergement alterné malgré l'éloignement des domiciles des parents, voy. Civ. Nivelles (réf.), 19 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 183 et Trib. Jeun. Charleroi (14ème ch.), 15 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 209.
- (55) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12: "Il est proposé de ne pas indiquer de liste, même exemplative, des contre-indications, le juge restant libre (sans préjudice de l'obligation de motivation) de les déterminer".

4.2. La liste des contre-indications n'étant qu'exemplative, d'autres critères pourront emporter la décision du magistrat, tels ceux déjà dégagés par la jurisprudence antérieure à la nouvelle loi: les problèmes matériels d'hébergement (56), le manque d'aptitudes éducatives (57), le besoin de stabilité de l'enfant (58), la différence trop importante de modes éducatifs ou de modes de vie (59), l'attitude d'un parent envers l'autre, les soucis de santé qui empêchent une prise en charge quotidienne et effective de l'enfant, ...

4.3. Du reste, s'il n'est pas expressément fait référence, dans la liste des contre-indications contenue dans le commentaire des articles, à la problématique des relations conflictuelles entre parents puisque c'est précisément en cas de litige que le magistrat saisi doit examiner en priorité la possibilité de fixer un hébergement égalitaire, il est toutefois spécifié plus loin que le juge pourra s'écarter du principe de référence "au titre de circonstance particulière, s'il constate que les parties sont à ce point en conflit qu'aucun dialogue entre elles n'est envisageable" (60). Nous aurions quant à nous tendance, conformément à une certaine jurisprudence, à aller plus loin dans ce raisonnement aux fins d'éviter que la prise en compte de cette apparente contre-indication constitue une prime pour le parent le moins conciliant. Nous ne pouvons à cet égard qu'approuver la motivation adoptée par la Cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt du 29 mars 2004 (61) précise que s'il est certain qu'un hébergement "alterné" nécessite un minimum de communication entre les parties, il convient toutefois de ne pas écarter systématiquement sa mise en place "parce qu'existent des incompréhensions ou un manque provisoire de dialogue dû à des tensions passagères ou une mauvaise volonté précisément destinée à éviter la mise en place d'un tel hébergement" (62). Le magistrat, tout en sachant tenir compte de ce que l'hébergement égalitaire peut se révéler totalement inadapté lorsque règne un climat de tensions extrêmes entre les parents, devrait dans le même temps toujours veiller à ne pas perdre de vue que refuser ce type d'hébergement pour cette seule raison peut, dans certains cas, être de nature à renforcer une relation fusionnelle entre le parent auquel l'hébergement principal est confié et l'enfant et "confirmer le 'dénî' de l'existence de l'autre parent" (63).

4.4. Enfin, l'exposé des motifs dispose que le juge devra, dans le cadre de son appréciation, tenir compte des pratiques et accords antérieurs des parents (64). Il s'agit ici, quel que soit le mode d'hébergement sollicité, d'éviter d'imposer aux enfants trop de modifications dans leur cadre de vie alors que la séparation des parents a déjà entraîné pour eux des bouleversements souvent pénibles. Ce critère dit de "continuité" apparaît régulièrement en jurisprudence (65) et trouve sa consécration scientifique dans les travaux de

(56) Trib. Jeun. Dinant, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 198.

(57) Ce critère faisant référence à des attitudes ou carences d'une gravité moindre que celles auxquelles renvoie l'indignité dont il est question ci-dessus, au point 4.1.

(58) Dans la littérature spécialisée, la nécessité de stabilité est très souvent liée à l'âge de l'enfant, plus particulièrement à la période du bas-âge et à celle de l'adolescence (J.Y. HAYEZ et Ph. KINOO, "Hébergement alterné et autorité parentale conjointe", *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 32-34). Ce critère recoupe également celui de la continuité évoqué ci-dessous (point 4.4) dès lors qu'il est parfois invoqué lorsqu'il semble inopportun de modifier l'équilibre des enfants acquis au fil des jours en modifiant intempestivement une formule d'hébergement qui fonctionne depuis un temps.

(59) Trib. Jeun. Nivelles, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 205.

(60) Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13.

(61) Liège (1ère ch.), 29 mars 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 169.

(62) Concernant la mauvaise volonté d'un parent qui refuse l'hébergement égalitaire sans raison objective, voy. également Bxl. (3ème ch.), 24 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 285 et Trib. Jeun. Dinant, 10 décembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 198.

(63) F. LABBE et C. MARINO, "Hébergement alterné de l'enfant: considérations", *Div. Act.*, 2004/8, p. 118.

(64) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 13.

(65) Voy. Trib. Jeun. Nivelles, 3 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 249 et la jurisprudence inédite citée in N. DANDOY et F. REUSENS, *op. cit.*, pp. 53 et 72.



Françoise Dolto qui a mis en évidence “l’importance pour l’enfant de respecter ses trois ‘continuums’, celui du corps, de l’affectivité et du social sous peine d’engendrer des déstructurations importantes de sa personnalité” (66).

Le parent qui sollicite la mise en place d’un mode d’hébergement différent de celui qui est d’application depuis un certain temps – ce quel qu’il soit – devra par conséquent invoquer des circonstances suffisamment pertinentes sur le plan de l’intérêt de l’enfant pour obtenir gain de cause (67). Il ne pourra dès lors raisonnablement se prévaloir exclusivement de la faveur désormais accordée à l’hébergement égalitaire (68).

Un arrêt récent de la Cour d’appel de Bruxelles (69) fait une application remarquable de ce critère de continuité dans une espèce où le père invoquait avoir créé une nouvelle vie autour de lui – notamment en se mariant avec une dame dont il a eu deux enfants – aux fins de justifier sa demande de modifier un hébergement secondaire élargi qui fonctionnait bien en un hébergement strictement égalitaire: “si l’on ne trouve certes pas sur le plan des éléments concrets et pratiques ni sur le plan des capacités éducatives des parents, d’arguments objectifs qui feraient obstacle à la formule de l’hébergement alterné, l’on ne voit réellement pas non plus d’éléments qui plaideraient pour un changement d’un système qui est performant, qui convient aux enfants et surtout qui a fait l’objet d’un consensus entre les parents, ce qui reste probablement la meilleure garantie pour son succès. Les enfants ont en effet pu intégrer sereinement la séparation de leurs parents dans leur vie dès lors qu’ils ont pu sentir que leurs deux parents restaient unis dans toutes les décisions qui les touchaient et dès lors qu’ils ne perdaient pas leurs repères rassurants que doivent être leurs deux parents dans une autorité exercée conjointement. C’est cette sécurité-là qu’il convient de préférer dans l’intérêt des enfants au-delà d’un modèle dont le caractère égalitaire n’est que théorique”.

## 5. Conclusion

Dès lors que l’imprévisibilité des litiges était une réalité (70) à laquelle il convenait de remédier, le choix de l’hébergement “égalitaire” comme référence ou point de départ de la réflexion du juge amené à statuer sur une demande allant dans ce sens n’apparaît pas inopportun. Ce choix a le mérite non seulement d’insister sur l’importance pour l’enfant de maintenir des contacts privilégiés avec chacun de ses parents et de pouvoir se référer, pour la construction de sa personnalité, tant à la paternelle que maternelle, mais également de mettre un terme à une croyance encore fortement ancrée dans notre société, en vertu de laquelle ce sont les mères qui doivent assumer en priorité l’entretien et l’éducation quotidiens de l’enfant.

Par ailleurs, même si la nouvelle loi n’emportera à notre sens pas un changement fondamental dans les statistiques, il était également temps, dans un souci de transparence

(66) F. DOLTO, *Quand les parents se séparent*, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 17. Voy. à cet égard Trib. Jeun. Nivelles, 3 avril 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 249.

(67) Voy. la jurisprudence inédite citée in N. DANDOY et F. REUSENS, *op. cit.*, p. 54.

(68) Selon la Ministre de la Justice, “l’entrée en vigueur de la loi n’est pas un changement de circonstances suffisant pour remettre en cause les situations acquises” (Rapport fait au nom de la commission de la justice le 30 mai 2006 par M. MAHOX, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-06, n° 3-1645/4, p. 29).

(69) Bxl., 27 juin 2006, à paraître prochainement dans la *Revue trimestrielle de droit familial*.

(70) L’étude que nous avons réalisée sur le terrain (N. DANDOY et F. REUSENS, *op. cit.*), révélait en effet clairement une absence totale d’unité dans l’appréciation de l’importance des différents critères pris en compte pour le choix d’une formule d’hébergement. Si cette appréciation ne cessera bien entendu d’être empreinte d’une certaine subjectivité, le magistrat saisi gardant son pouvoir souverain d’appréciation, cette subjectivité sera désormais encadrée par le contenu du nouveau prescrit légal.

et de cohérence, d'harmoniser la conduite des débats devant les magistrats chargés de statuer sur une demande d'hébergement d'un enfant.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher d'éprouver une certaine amertume face à l'emploi du terme "égalitaire". Nous restons en effet persuadée que l'utilisation d'un autre qualificatif (71) aux fins de désigner le mode d'hébergement auquel le juge devra dans un premier temps se référer aurait très certainement permis d'apaiser les esprits de nombreux opposants qui voient à juste titre (72) dans l'emploi de cette formule, la mise en exergue de l'existence d'un droit dans le chef des parents plutôt que de la nécessité de rechercher, tant pour les parents que pour le juge, le meilleur intérêt de l'enfant. De même, il ne semblait guère nécessaire, au dernier alinéa de l'article 374, § 2, du Code civil (73) de mettre sur un même pied l'intérêt des enfants et celui des parents ...

Florence REUSENS,

Assistante au Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain

(71) Monsieur C. PANIER, dans ses conclusions générales au colloque intitulé "L'hébergement alterné: solution idéale?", organisé le 21 janvier 2005 par la Commission jeunesse du Barreau de Liège, faisait à cet égard le constat que ces termes partent du point de vue des parents en termes de droit. M. Juston, Président du Tribunal de grande instance de Tarascon et juge aux affaires familiales, préconisait quant à lui, lors de ce même colloque, l'emploi des termes "hébergement partagé" ou "hébergement paritaire". Cette dernière formule aurait à notre sens été plus neutre en termes de revendications parentales.

(72) L'exposé des motifs fait en effet référence à un souci d'instaurer une égalité entre les père et mère (*op. cit.*, pp. 4 et 5).

(73) "Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents".